



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.837 - SP (2017/0268809-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO - SP217672
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN APARECIDO DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM** NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

II - As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

III - Não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

IV - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a “*dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante*”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

V - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado por parte das instâncias ordinárias, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas apreendidas (**138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína, além de uma balança de precisão e mais 113 pinos vazios**), bem como na *"notícia do seu efetivo envolvimento na atividade espúria, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência* (fl. 43), o que justificam o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

VI - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

VII - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o **bis in idem** quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VIII - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de **bis in idem**.

IX - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

X - A pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e variedade da droga apreendida, qual seja, **138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína**, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado **art. 42 da Lei n. 11.343/06**. Por outro lado, houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas, mas também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos entorpecentes, ou seja, a forma acondicionamento, apetrechos como balança de precisão e pinos vazios, além de notícia do efetivo envolvimento na atividade criminosa, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência, tudo evidenciando que o acusado se dedicava a atividades criminosas.

XI - A majoração da pena-base está fundada na quantidade e variedade de drogas apreendidas, ao passo que a negativa de minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo **bis in idem**.

XII - **Na hipótese**, infere-se que o v. acórdão impugnado fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ou seja, o **fechado**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base em elementos concretos, que estabeleceram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ensejando uma maior repressão estatal, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

XIII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.837 - SP (2017/0268809-0)

IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO - SP217672
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN APARECIDO DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de revisão criminal, com pedido de liminar, impetrado em benefício de RENAN APARECIDO DA ROCHA em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0002428-47.2016.8.26.0663.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06 (fls. 28-48).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo em v. acórdão assim ementado:

"Art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 Materialidade delitiva e autoria demonstradas. A forma como ocorreu a apreensão impede a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei.

Prova Palavras de Servidores Públicos Validade Inexistência de motivos para incriminar o réu injustamente.

Penas corretamente fixadas.

REGIME PRISIONAL O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade - Crime de tráfico ilícito de entorpecentes merece maior reprovabilidade em razão de sua gravidade e pelas consequências nefastas que sua prática tem na sociedade - Art. 33 c.c. art. 59, do CP.

Recurso não provido" (fl. 18).

O Recurso Especial interposto, às fls. 259-261, foi inadmitido por não preencher os requisitos necessários.

Daí o presente **mandamus**, no qual a impetrante sustenta, em síntese, que as circunstâncias do caso conferem ao paciente o direito à aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, bem como a fixação de regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto, haja vista que se fundou apenas na gravidade em abstrato do delito praticado. Alega, ainda, a existência de **bis in idem**, uma vez que a quantidade de entorpecentes apreendido foi valorado negativamente tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria.

Para tanto, sustenta, que *"[...] que o paciente preenche todos os pressupostos do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, já que é primário, possui bons antecedentes, e não foi produzida qualquer prova apta a indicar que o mesmo se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa"* (fl. 3).

Menciona, também, que *"[...] a negativa de aplicação da minorante deu-se em razão da quantidade e variedade de drogas encontrada com ele. No entanto, a quantidade de drogas não era expressiva"* (fl. 3).

Afirma, ainda, que *"Não há nenhuma prova que o paciente fazia do tráfico seu meio de vida, e que se dedicava, às atividades criminosas, com base na quantidade de drogas que mantinham em depósito"* (fl. 4).

Assegura que *"[...] o legislador em nenhum momento afetou a concessão do benefício legal à quantidade ou qualidade da droga apreendida"* (fl. 5).

Assevera que *"[...]a aplicação do mencionado benefício não é mera faculdade do julgador, pois constitui-se em direito subjetivo do réu, motivo pelo qual, atendidos os requisitos legais, a aplicação da referida causa redutora de pena é medida que se impõe, de acordo e nos limites dos parâmetros previstos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, daí o constrangimento ilegal"* (fl. 8).

Aduz que *"O regime inicial fechado e a negativa de substituição por pena restritiva de direitos foram fixadas com fundamento na gravidade em abstrato do delito de tráfico, não tendo indicado um único motivo concreto para negar a paciente o cumprimento de pena no regime aberto, ou a pena restritiva de direitos"* (fl. 10), em desacordo com o enunciado das Súmulas n.ºs. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte de Justiça.

Requer, por isso, a concessão da ordem *"[...] o fim de reconhecerem a minorante do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau máximo de 2/3, haja vista o preenchimento de todos os requisitos legais. Alternativamente, requer seja reconhecida a ocorrência do bis in idem, eis que a quantidade da droga apreendida foi valorada tanto na 1ª, quanto na 3ª, fase de dosimetria da pena. Por derradeiro, requer a fixação regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fl. 16).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 267-270.

As informações foram prestadas às fls. 274-277.

O Ministério Público Federal, às fls. 285-288, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** ou, caso conhecido, pela sua denegação. Eis a ementa do parecer:

"ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 – MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA DEMONSTRADAS. A FORMA COMO OCORREU A APREENSÃO IMPEDE A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ART. 28 DA LEI. PROVA – PALAVRAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS – VALIDADE – INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS PARA INCRIMINAR O RÉU INJUSTAMENTE. PENAS CORRETAMENTE FIXADAS REGIME PRISIONAL – O REGIME INICIAL FECHADO É O ADEQUADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES MERECE MAIOR REPROVABILIDADE EM RAZÃO DE SUA GRAVIDADE E PELAS CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS QUE SUA PRÁTICA TEM NA SOCIEDADE – ART. 33 C.C ART. 59, DO CP" (fl. 285).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 420.837 - SP (2017/0268809-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO - SP217672
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN APARECIDO DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. **BIS IN IDEM** NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DIREITOS. PREJUDICADO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

II - As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

IV - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

V - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado por parte das instâncias ordinárias, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas apreendidas (**138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína, além de uma balança de precisão e mais 113 pinos vazios**), bem como na *“notícia do seu efetivo envolvimento na atividade espúria, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência* (fl. 43), o que justificam o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

VI - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

VII - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o **bis in idem** quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VIII - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de **bis in idem**.

IX - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

X - A pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e variedade da droga apreendida, qual seja, **138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína**, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado **art. 42 da Lei n. 11.343/06**. Por outro lado, houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas, mas também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos entorpecentes, ou seja, a forma acondicionamento, apetrechos como balança de precisão e pinos vazios, além de notícia do efetivo envolvimento na atividade criminosa, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência, tudo evidenciando que o acusado se dedicava a atividades criminosas.

XI - A majoração da pena-base está fundada na quantidade e variedade de drogas apreendidas, ao passo que a negativa de minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo **bis in idem**.

XII - **Na hipótese**, infere-se que o v. acórdão impugnado fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ou seja, o **fechado**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base em elementos concretos, que estabeleceram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ensejando uma maior repressão estatal, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

XIII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo, bem como a ocorrência do *bis in idem*, eis que a quantidade da droga apreendida foi valorada tanto na 1ª, quanto na 3ª, fase de dosimetria da pena. Por derradeiro, requer a fixação regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor delimitar a controvérsia, destaco o seguinte excertos da r. sentença condenatória, quanto à ao tema:

"DOSIMETRIA DA PENA

O acusado é primário e não possui maus antecedentes, conforme se observa de sua folha de antecedentes (fls. 129/130).

Atenta as chamadas "circunstâncias judiciais", previstas no art. 59 do Código Penal e, ainda, com o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ante a expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder do réu (119 pinos de cocaína, 138 porções de maconha e 90 pedras de crack), totalizando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias agravantes. Deve ser reconhecida, contudo a circunstância atenuante da menoridade relativa, razão por que reduzo a reprimenda em 1/6, fixando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mínimo previsto para o tipo em exame

Na terceira fase, não há causas de aumento nem de diminuição de pena a considerar. O réu não faz jus ao benefício do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, dada a variedade e a quantidade de drogas encontradas em seu poder e a notícia do seu efetivo envolvimento na atividade espúria, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência.

Torno a pena definitiva ante a ausência de outras circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificadoras em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

O valor de cada dia-multa será o mínimo legal, isto ante a pouca fortuna do acusado, dado emergente dos autos, em especial do seu interrogatório, ocasião em que afirmou perceber R\$ 200,00 por semana com seu trabalho como servente (fl. 156).

Nos termos do art. 33, §2º, alínea "a", c.c. art. 33, §3º, c.c. 59, todos do Código Penal e à luz do art. 110 da Lei n.º 7.210/84, entendo que o regime mais adequado ao cumprimento da reprimenda seja o fechado.

[...]

Desta forma, é de se concluir que, embora tenha havido um “esvaziamento” na legislação pertinente que impunha maior repressão estatal aos crimes hediondos, é de se ressaltar, com base nos julgados acima que competirá sempre ao Magistrado definir, baseado em “empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo”, o regime inicial de cumprimento de pena ao qual estará sujeito o acusado, em total aplicação da previsão constitucional de individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

No caso nos autos, analisando as circunstâncias objetivas da infração cometida, entendo que não seja o caso de fixar regime menos gravoso, embora a pena aplicada permita, objetivamente, referida fixação, nos termos do artigo 33, e incisos, do Código Penal.

Ora, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a hediondo, sendo de extrema gravidade, gerando consequências deletérias às famílias de dependentes químicos, bem como de toda a sociedade, pois referido delito é a mola propulsora de diversos crimes, em especial aqueles contra o patrimônio, tais como furtos, roubos, extorsões e latrocínios.

Ademais, o tráfico de drogas objetiva, quase sempre crianças e adolescentes, os quais ainda possuem personalidade em formação, acarretando, conseqüentemente, desestruturação de toda uma geração, em evidente prejuízo ao progresso e desenvolvimento sociais.

A propósito, nesse sentido a jurisprudência, destacando-se que o segundo argumento continua plenamente válido, in verbis: “No concernente ao regime prisional impositivo à espécie, também se mostra correta a fixação do inicial fechado (Lei nº 11.464/07), por duas razões principais: a uma, porque o regime fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudesimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar” (TJSP, Apelação nº 0011111-87.2008.8.26.0361, 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel: Des. Paulo Rossi, j. 1º/07/2009, grifei).

Portanto, no caso dos autos, em obediência ao princípio da individualização da pena, entendo não haver outro regime adequado ao início de cumprimento da reprimenda corporal que não o REGIME INICIAL FECHADO.

Pelos mesmos motivos já alinhavados, entendo não ser o caso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por entender que a substituição pretendida não é suficiente e eficaz à repressão do delito cometido, nos termos do inciso III do mencionado artigo" (fls. 43-47, grifei).

O eg. Tribunal de origem, manteve a r. sentença condenatório nos seus exatos termos, **in verbis**:

"Passa-se à dosimetria das penas.

Na primeira fase, com base nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, em se considerando a quantidade expressiva de drogas encontrada em poder do réu, sua pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, a atenuante de menoridade relativa justificou a redução da reprimenda para o patamar mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Frise-se que o benefício previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, por sua vez, não representa direito subjetivo do acusado. O legislador, ao adotar a expressão “poderão”, quis demonstrar, com todas as letras, que se trata de mera faculdade do Juiz sentenciante, que, na dosimetria da pena, tem, obrigatoriamente, de seguir a diretriz prevista no artigo 42 da referida lei, que demonstra como a pena deve ser aplicada.

Em outras palavras, se o legislador entendesse que a benesse acima mencionada era direito do réu, teria usado a palavra “deverão”, oriunda do verbo “dever”, que significa obrigação, necessidade, etc.

Assim, como o texto do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, está redigido que “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços”, não há qualquer dúvida que a concessão do benefício depende do livre arbítrio do Juiz, que, como já dissemos acima, tem de levar em consideração o artigo 59, caput, do Código Penal, e também o artigo 42, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Desta forma, tendo em vista a variedade de droga (maconha, cocaína e crack), o comportamento social e a ousadia do réu, ele não fazia mesmo jus à diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na terceira fase da dosimetria da pena.

O regime prisional é mesmo o fechado.

Com efeito, o Código Penal dispõe:

"Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...) III o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (g/n)." Como se vê, o legislador penal permite, independentemente da quantidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade, aplicada ao réu, que o Juiz analisando os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e as consequências do crime, aplique regime superior ao constante do art. 33, § 2º, alínea "c", ou seja, mesmo que a pena, como na espécie sob exame, seja inferior a 08 anos, seja aplicado o regime fechado.

[...]

Assim, ante o terrível mal que o réu causava à sociedade antes de ser preso não há outro regime, senão o inicial fechado, como forma de contraprestação do Estado à sua conduta" (fls. 23-27, grifei).

In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado por parte das instâncias ordinárias, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas apreendidas **(138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína, além de uma balança de precisão e mais 113 pinos vazios)**, bem como na *"notícia do seu efetivo envolvimento na atividade espúria, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência* (fl. 43), o que justificam o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

[...]

6. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).**

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.**

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. *Precedentes.*

2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura *bis in idem*. *Precedentes.*

[...]

4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 18/11/2016, grifei).

A defesa alega, ainda, que houve violação à proibição do **bis in idem**, uma vez que a quantidade e variedade da droga foi utilizada na primeira fase da dosimetria para exasperar a pena-base e na terceira para afastar a minorante.

Ocorre, que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do estatuto repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, **in verbis**:

"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Por outro lado, nos termos do **art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **quantum** da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Neste ponto, vale consignar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o **bis in idem** quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

*"1.Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).*

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de **bis in idem**.

Ressalte-se que a col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Nessa linha, destaco:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O aumento da pena-base em 1/3, com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos e nos maus antecedentes, mostra-se razoável. A quantidade de drogas é fundamentação idônea e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP.

3. Os fundamentos utilizados pelo Magistrado sentenciante para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

4. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

Trata-se de hipótese diversa daquela discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE n. 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

[...]

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 348.043/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1º/2/2017).

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e variedade da droga apreendida, qual seja, **138 porções de maconha, 90 pedras de crack e 119 pinos de cocaína**, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado **art. 42 da Lei n. 11.343/06**.

Por outro lado, houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só na quantidade e variedade de drogas, mas também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos entorpecentes, ou seja, a forma acondicionamento, apetrechos como balança de precisão e pinos vazios e *"notícia do seu efetivo envolvimento na atividade espúria, trazida por denúncias anônimas, conforme relatado pelos policiais militares ouvidos em audiência (fl. 43), tudo evidenciando que o acusado se dedicava a atividades criminosas.*

Desse modo, repito, a majoração da pena-base está fundada na quantidade e variedade de drogas apreendidas, ao passo que a negativa de minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo **bis in idem**.

Nessa linha:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 666.334/AM, preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas.

2. **Não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade da droga apreendida (24.970g de maconha).**

3. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no REsp n. 1.652.550/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 28/4/2017, grifei).

Quanto regime ao regime prisional, da leitura dos trechos acima transcrito, infere-se que o v. acórdão impugnado fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, com base em elementos concretos, que estabeleceram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ensejando uma maior repressão estatal, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06.**

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

No caso dos autos, as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Muito embora a reprimenda total tenha sido estabelecida em 6 (seis) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. O entendimento consignado pelo Tribunal de origem quanto à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, ante a ausência de preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso I, do Código Penal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 357.520/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 18/5/2017).

Por fim, mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0268809-0

HC 420.837 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024284720168260663 20170000395503 24284716 24284720168260663

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO ROGERIO COMPIAN CARVALHO
ADVOGADO : PAULO ROGÉRIO COMPIAN CARVALHO - SP217672
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN APARECIDO DA ROCHA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Mussi e Joel Ilan Paciornik.